



בבית המשפט העליון

ע"א 5529/10

כבוד השופט א' א' לוי

בפני :

המבקשים :

1. איגוד חברת הנפט בישראל
2. פז חברת נפט בע"מ
3. דלק חברת הדלק בישראלית בע"מ
4. סונול ישראל בע"מ
5. דור אלון אנרגיה בישראל 1998 בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
2. בנק לאומי לישראל
3. לאומי קארד בע"מ
4. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
5. הבנק הבינלאומי הראשון לישראל
6. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
7. ישראלכרט בע"מ
8. בנק הפועלים בע"מ
9. אייס רשתות שיווק מוצרי צריכה בע"מ
10. סופר פארם (ישראל) בע"מ
11. סלקום ישראל בע"מ
12. סלקום תקשורת קוויית שותפות מוגבלת
13. חב' פרטנר תקשורת בע"מ
14. שירותי בריאות הכללית
15. מאסטר קארד אינטרנשיונל

בקשה לסעד זמני

עו"ד ארדינסט, בן נתן ושות'

בשם המבקשים :

החלטה

רקע

1. החל משנת 2006 מתנהל בפני בית-הדין להגבלים עסקיים הליך שעניינו בקשת המשיבים 2-8, לפי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לאשר הסדר כובל ל"התקשרות בין סולקים למנפיקים במערכת כרטיסי האשראי מסוג ויזה ומאסטרקארד". להליך זה צורפו המשיבים 9-15 כמתנגדים מכוח הוראתו של סעיף 8(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. ההסדר שעומד לאישור בית-הדין מתווה את ה"עמלה

הצולבת" – היא העמלה המשולמת על ידי סולקים של עסקאות בכרטיסי אשראי לגופים המנפיקים את הכרטיסים. לעמלה זו משמעות רחבת היקף במשק הישראלי, הואיל והיא מקבעת את העמלה המינימאלית שיגבו הסולקים מבתי העסק בהם מבוצעות עסקאות בכרטיסי אשראי, ומכאן שעמלה זו – בשל גילומה במחירי המוצרים – משפיעה בסופו של דבר על עלות המוצרים לציבור הרחב.

עוד באוגוסט 2006, ובגדרו של הליך אחר, קבע בית-הדין להגבלים עסקיים את הדרך לחישובה של העמלה הצולבת (ה"ע 4630/01 מיום 31.8.06, להלן – "החלטת המתדולוגיה"). ההסדר שהוצג לבית-הדין נקבע לפי העקרונות שבהחלטת המתדולוגיה, ומעוגן בו לוח זמנים שעניינו הפחתה הדרגתית בשיעור העמלה. בהתאם להחלטת המתדולוגיה כפי שיושמה בהסדר, חולקו בתי העסק בישראל לשלוש קטגוריות, אשר בכל אחת מהן נגבית עמלה בשיעור שונה. עוד נקבע בהסדר, כי החל מיום 1.7.10 יאוחדו שתי הקטגוריות העליונות, וחברות מסוימות הנמנות עם הקטגוריה הנמוכה ומשלמות את העמלה בשיעור הנמוך ביותר – ובהן המבקשים – יועברו אל הקטגוריה העליונה. מסיבה שאינה נוגעת למבקשים, עוכב ביצוע השינוי בהסדר בהחלטתו של בית-הדין, והוא נכנס לתוקף רק ביום 25.7.10 (ראו החלטת בית-הדין מיום 18.7.10).

ביום 11.11.07 הורה בית-הדין על מינויו של מומחה אשר יבחן את שיעורי העמלה הצולבת ואת השינויים בקטגוריות, וכל זאת במטרה להגיש לבית-הדין חוות דעת סופית – שלאחר קבלתה יכריע בית-הדין אם ההסדר עולה בקנה אחד עם טובת הציבור. נוכח התמשכות עבודתו של המומחה, הוענקו להסדר היתרים זמניים אשר חודשו מעת לעת בהחלטותיו של בית-הדין. בתוך כך, הותר למשיבים להביא בפני בית-הדין את עמדתם, לרבות התנגדות להסדר ולאישורו הזמני.

2. המבקשים לא פנו לבית-הדין להציג את התנגדותם לאישור ההסדר במועדים הקבועים בסעיף 8(ב) לחוק, ורק לאחרונה, כשלוש וחצי שנים לאחר תחילת ההליך, פנו בבקשה להצטרף ולהגיש את התנגדותם להארכת ההיתר הזמני. את הבקשה הם ביססו על הוראותיה של תקנה 27 לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית-הדין ובערעור) התשמ"ט-1988, לפיה "בית-הדין רשאי, בכל שלב של הדיון, לצרף כבעל דין מי שימצא לנכון ובתנאים שייראו לו". אולם, בקשת ההצטרפות נדחתה מן הטעם שהיא הוגשה בשיהוי ניכר, ולאחר שנמצא כי צירוף המבקשים להליך לא יתרום לניהולו היעיל אלא יסרב אותו, ובלשון בית-הדין:

"המבקשות, המתנגדות לאישור ההסדר הכובל למרות שמעולם לא הגישו התנגדות לו במועדים הקבועים לכך, מנסות עתה, באמצעות הגשת הבקשה להצטרפות להליך, לעקוף את הוראת סעיף 8(ב) לחוק ההגבלים העסקיים לפיו התנגדות להסדר כובל יש להגיש תוך 30 יום מפרסום הודעה ברשומות בעניין ההסדר, וזאת מבלי שפירוטו בבקשתן טעמים מיוחדים להארכת המועד להגשת ההתנגדות. תכלית תקנה 27 לתקנות איננה לאפשר מסלול אלטרנטיבי למועד שנקבע בחוק להגשת התנגדויות" (עמוד 3 להחלטה מיום 7.7.10).

עוד נקבע, כי בקשת ההצטרפות לא נועדה לתרום להליך העיקרי, כי אם לנסות לעכב את השינוי הצפוי במתווה ההסדר הזמני, שמשמעותו, בין היתר, העברת המבקשים לקטגוריה הגבוהה, ומכאן גם להעלאת שיעור העמלות שמשלמות חברות הדלק. אולם, בתוך כך קבע בית-הדין גם כי: "ככל שיהיו בידי המבקשות ראיות או מידע רלבנטי אחר, שיהיה בהם כדי לבסס את טענתן כי הן זכאיות להיות בקטגוריה הנמוכה לפי החלטת המתודולוגיה, יוכלו להציג בפני הממונה או המומחה, אשר חזקה כי ישקלו אותם כמתחייב" (שם, שם).

הבקשה למתן סעד זמני

3. על החלטתו של בית-הדין שלא לצרפם להליך הגישו המבקשים ערעור לבית-משפט זה. לצד הערעור עותרים המבקשים לסעד זמני, שעניינו הקפאת השינוי בהסדר. בין יתר נימוקיהם טענו המבקשים כי ייגרם להם ולציבור נזק בלתי הפיך עקב שינויים בגביית העמלה – הואיל והעלאת שיעור העמלה שהם משלמים תוביל, בלית ברירה, לייקור השירות שהם מספקים לצרכנים. עוד נטען, כי בהתאם להחלטתו של בית-הדין להגבלים עסקיים, גם אם בסוף ההליך יתברר שבמסגרתו של ההסדר הזמני הם שילמו ביתר, לא ניתן יהיה להשיב את עודף הגבייה.

בקשה למתן סעד ארעי – עוד בטרם התקבלו תגובות המשיבים – נדחתה על ידי ביום 21.7.10, והשינוי יצא כבר לדרך. עם-זאת, במישור העקרוני אני רואה מניעה לדון בבקשה כאילו הונחו בפני התגובות עובר למועד השינוי.

4. כל אחד מהמשיבים מעלה שורה ארוכה של נימוקים לדחיית הבקשה. משיב 1, הממונה על ההגבלים העסקיים, סבור כי על המבקשים מוטל נטל כבד, הואיל והסעד לו עתרו הוא גם הסעד הסופי בו הם מבקשים לזכות בערעור. עוד נטען, כי הפרק העובדתי בבקשה לוקה בחסר, ויישומו של ההסדר המעודכן לא צפוי לגרום להם נזק של ממש, וודאי שלא נזק בלתי הפיך. מן העבר האחר, מדגיש הממונה כי מרכז הכובד בהליך המתנהל בפני בית-הדין להגבלים עסקיים הוא טובת הציבור, והקפאתה הזמנית

של ההפחתה בשיעור העמלה הצולבת במשק תפגע בציבור אשר נושא בעלותה. לעמדה זו מצטרפים יתר המשיבים, שלדידם אין מקום להעדיף את טובת המבקשים על פני טובתם שלהם או טובתו של הציבור בכללותו.

דיון

5. לאחר שעיינתי בבקשה ובתשובות לה, שוכנעתי כי דינה להידחות, הואיל ועל פניה היא אינה עומדת בדרישות הדין למתן סעד זמני.

בית-משפט הדין בערעור מוסמך, מכוח תקנות 471(א) ו-471(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984, להעניק סעד זמני מ"טעמים מיוחדים". תכליתו של הסעד הזמני היא בראש ובראשונה לשמר מצב קיים, ככל שצער כזה נדרש כדי למנוע את סיכולו של הערעור. העותר לסעד זמני נושא בנטל להוכיח שניים אלה: סיכוי הערעור הם טובים ומאזן הנוחות נוטה לטובתו (בש"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבני, פ"ד מט(3) 479, 483 (1994); ע"א 2398/97 אייל נ' אייל, פ"ד נא(5) 608, 614 (1997); ע"א 3128/07 סייד נ' המכללה האקדמית הערבית לחינוך בישראל חיפה בפסקה ה' (לא פורסם, 1.8.07)).

6. עיקר הוא בעיני כי במקרה הנוכחי הסעד הזמני כלל אינו נדרש כדי למנוע את סיכול הערעור – ונתון זה מטה במידה רבה את הכף נגד עמדת המבקשים. הסעד לו עתרו עניינו בהסדר גופו, ואין הוא קשור לשאלה אשר תידון בערעור – אם יותר להם להצטרף להליך בפני בית-הדין. אף בתרחיש הטוב ביותר מבחינת המבקשים, זכייתם בערעור משמעותה כי יינתן להם יומם בפני בית-הדין להגבלים עסקיים לצורך העלאת התנגדותם לאישור ההסדר הכובל, והמרחק בין כך לבין הישגותם בקטגוריה הנמוכה ממנה הוצאו באחרונה, עודו רחוק. יתרה מכך, בקשה זו לא הייתה באה לעולם אלמלא מחדלם של המבקשים בהצגת עמדתם בפני בית-הדין במועדים הקבועים בחוק. זאת ועוד, ככל שהשגותיהם של המבקשים מתמקדות בסוגיית השיהוי הרב שבהגשת בקשת ההצטרפות כצד להליך, הרי שהנטל הרובץ עליהם להראות כי יש טעמים המצדיקים זאת בשלב כה מאוחר, הוא כבד עד מאד. אולם, גם במנותק משאלת השיהוי עצמה, קבע בית-הדין שאין עילה לצרף את המבקשים להליך, ושצירוף כאמור לא יקדם את מטרות הדיון המתנהל בפניו. חוששני כי קביעה זו של בית-הדין יתקשו המבקשים לערער, ומכל מקום איני סבור כי עלה בידיהם לעשות זאת בבקשה שבפני.

אכן, זכות הטיעון לה עתרו המבקשים שעלולים להיפגע מהחלטותיו של בית-הדין, היא בעלת משקל רב (בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403,

415 (1994)). ברם, זכות טיעון זו עמדה למבקשים במלואה, במועדים הקבועים בחוק, והם בחרו מטעמים השמורים עמם שלא לעשות בה שימוש. לכך מצטרפת העובדה שעמדתם של המבקשים לעניין העמלה הצולבת כבר נשמעה קודם שהתקבלה החלטת המתדולוגיה (ראו עמוד 2 להחלטת בית-הדין מיום 7.7.10), כמו גם הנתון לפיו התנהלה בעניין זה בראשית הדרך חליפת מכתבים בין המבקשים לממונה. מעבר לכך, כאמור, קבע בית-הדין כי המבקשים רשאים לפנות למומחה ולשטוח בפניו את טענותיהם בדבר הצורך להשאיר אותם בקטגוריה הנמוכה – ומוטב היה למצות אפיק זה תחת הניסיון הנוכחי לעכב את השינוי הצפוי בהסדר. נוכח התקדמותו של ההליך בפני בית-הדין והזמן הרב שחלף מתחילתו, צירוף המבקשים בשלב זה עלול להיות אבן נגף בהליך, אשר בסופו של יום אינו עוסק בטובתם של מי מהצדדים הישירים לו, אלא בטובת הציבור. נוכח האמור, לא מצאתי כי עלה בידי המבקשים לשכנע בדבר סיכויי הערעור.

7. המבקשים משליכים יהבם על מאזן הנוחות, אולם גם בטענותיהם אודות הנזק החמור שייגרם להם ולציבור לא מצאתי ממש. ראשית, ככל שהמבקשים עצמם נפגעים מהעלאת שיעור העמלה הצולבת שישלמו, הרי שמדובר בנזק כספי נקודתי, אשר ניתן באופן עקרוני לפצותם בגינו. בשונה מהנטען על-ידי המבקשים, בית-הדין לא הכריע באופן סופי כי לא ניתן להשיב גבייה עודפת, וכל שנקבע הוא כי אין צורך בשלב זה להורות מה יהיו תנאיה של השבה כזו:

”הממונה סבורה כי אין מקום להעמיד את תנאי ההשבה [כתנאי להארכת ההיתר הזמני להסדר], בציינה שהעמלות הצולבות הן כיום עמלות מופחתות כתוצאה מהתערבותה. ב”כ הממונה הצביעה גם על מורכבות זיהוי הפער בין התעריפים הקיימים ובין התעריפים שייקבעו בסופו של דבר על-ידי בית הדין (להלן: פער העמלות), והוסיפה כי מורכבות זו פוגעת באפשרות להשבת כספים בדיעבד... מקובלים עלי טעמי הממונה לגבי תנאי ההשבה. אוסיף על נימוקים אלה כי מקובלת עלי טענת המבקשות לפיה אין מקום להורות מראש על השבה, מאחר שבשלב זה גודלו של הנתון הרלוונטי – פער העמלות שצוין לעיל – אינו יודע, ואף אינו ניתן להערכה... בשלב זה לא ניתן להעריך כי מדובר בפער של ממש, מאחר שגם המתנגדות לא העמידו בשלב זה תשתית ראייתית לכאורית המלמדת זאת” (החלטה מיום 9.7.08, בעמוד 4).

גם ההצעה להותיר את המבקשים בקטגוריה הנמוכה, לצד הוזלת העמלה מן הקטגוריה הגבוהה, אין בה כדי לסייע. זאת, הואיל ונוכח אופי חישוב העמלה הצולבת

– ממוצע משוקלל בין שיעורי העמלה בקטגוריות השונות – בתי העסק אשר נמצאים בקטגוריה העליונה הם אלה שיישאו בעול ההטבה שתינתן למבקשים, והאחרונים לא הרימו את הנטל להראות כי יש הצדקה לפגיעה שכזו. על רקע זה בולטת העובדה כי המשיבים, אשר משתייכים לקטגוריה הגבוהה הזוכה להפחתת העמלה בהתאם להסדר, הגישו את התנגדותם להסדר במועד הקבוע בחוק, בעוד המבקשים – אשר לטענתם נפגעים מההסדר בצורה חריפה יותר עקב העלאת העמלה – מבקשים לעשות זאת באיחור ניכר.

ועוד בעניין הנזק לציבור. כפי שכבר ציינתי, ההליך בפני בית-הדין אינו נוגע אך למחלוקת בין הצדדים, אלא עיקרו בשאלה אם ההסדר הכובל, כולו או חלקו "הוא לטובת הציבור" (סעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים). בית-משפט זה עמד כבר, בהקשר דומה, על כך שנוכח מאפייניו הייחודיים של ההליך בפני בית-הדין להגבלים עסקיים ותכליתו של חוק ההגבלים העסקיים "בבקשות לעיכוב ביצוע החלטות של בית-הדין להגבלים עסקיים, על בית משפט שלערעור לשקול במסגרת שיקוליו אלה גם את טובת הציבור" (ע"א 2239/05 נציגי מובילי החלב העצמאיים נ' תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, בפסקה 4 (טרם פורסם, 5.6.05)). עוד נפסק כי "עניין לנו בטובת הציבור בכללותו ולא בטובתו של פרט זה או אחר מן הציבור" (שם, וראו גם ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הבטחון, מינהל ההרכשה והיצור, פ"ד נב(3), 145, 171 (1998)). להשקפתי, ועל אף עמדתם המובנת של המבקשים, אשר מעוניינים בראש ובראשונה לשמור על רמת המחירים שייגבו מהציבור, בצעד שיעכב הפחתה בשיעורי העמלה הצולבת אין כדי לשרת את טובת הציבור – שהוא זה הנושא בסופו של יום בעמלה – וגם מטעם זה לא מצאתי ליתן למבקשים את הסעד לו עתרו.

אי לכך, הבקשה נדחית.

המבקשים ישאו בשכר טרחתם של כל אחד מבאי-כוח המשיבים בסכום של 5000 ש"ח.

ניתנה היום, ב' באלול התש"ע (12.08.2010).

ש ו פ ט